

QUATTRO BREVI LEZIONI SUL PROCESSO CIVILE

SOMMARIO: *Introduzione*: 1. A cosa serve il processo civile. – 2. (Segue). – 3. (Segue). – 4. (Segue). – 5. (Segue). – *Prima lezione. Il processo di cognizione*: 6. Premessa. – 7. La fase preparatoria. – 8. La fase istruttoria. – 9. La fase decisoria. – 10. Le impugnazioni. – 11. L'immutabilità dell'accertamento ovvero la cosa giudicata. – *Seconda lezione. I processi sommari*: 12. Premessa. – 13. Connotati della cognizione piena. – 14. Connotati della cognizione sommaria. – 15. Esigenze soddisfatte dalla tutela sommaria. Economia di giudizi. – 16. Segue: Evitare l'abuso del diritto di difesa. – 17. Segue: L'effettività della tutela. – *Terza lezione. L'esecuzione forzata*: 18. Premessa sulla esecuzione in genere. – 19. Il titolo esecutivo. – 20. Fase preliminare della notificazione del titolo esecutivo e del precetto e l'opposizione dell'esecuzione. – 21. Cenni sul processo di espropriazione forzata. – 22. L'esecuzione processuale indiretta ovvero le misure coercitive. – *Quarta lezione. La giurisdizione volontaria*: 23. Caratteristiche essenziali della giurisdizione contenziosa (o costituzionalmente necessaria). – 24. L'area delle funzioni giurisdizionali non necessarie e della giurisdizione volontaria. – 25. Difficoltà in taluni casi di distinguere la giurisdizione c.d. volontaria della giurisdizione c.d. contenziosa. – *A mò di conclusione*: 26. Perché si parla di crisi della giustizia civile in Italia? – 27. In questa situazione che fare? – 28. (Segue).

INTRODUZIONE

1. – Le relazioni umane sono caratterizzate da rapporti tra le persone, rapporti che coinvolgono persone, beni materiali e immateriali, interessi materiali o immateriali relativi a persone o beni.

La libertà come unico bene non esiste, è una astrazione. La libertà si realizza necessariamente in relazione con persone o con beni. Per questo normalmente nei rapporti privati la legge o il contratto intervengono per disciplinare queste relazioni.

Così ad esempio nei rapporti matrimoniali nei quali la libertà dei coniugi si può ben dire è la regola base, la legge interviene spesso nell'interesse dei figli disciplinando, in caso di disaccordo, a chi il figlio debba essere affidato e chi debba sopportare le spese per il suo mantenimento.

Così con riferimento alla libertà di disporre per testamento dei propri beni la legge interviene ponendo dei limiti a favore del coniuge e dei figli.

Così, sempre ad esempio, riguardo al diritto di proprietà il legislatore, dopo avere disposto in generale che il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri, detta una serie di limitazioni nell'interesse reciproco dei proprietari dei beni limitrofi come ad es. il divieto di provocare immissioni di calore, di rumore ecc. che superino il tetto della normale tollerabilità, ovvero che in caso di fondo intercluso il proprietario del fondo non vicino alla pubblica via ottenga il diritto di passare sul fondo altrui.

Così ad es. in materia di contratti, in caso di locazione si prevede per un verso l'obbligo del locatore di effettuare tutte le riparazioni necessarie a conservare la casa locata in buono stato locativo, per altro verso l'obbligo del conduttore di pagare il canone pattuito nei termini convenuti.

E ancora, pur in assenza di un rapporto preesistente, si prevede per l'autore di un fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno (ad es. da circolazione di veicoli, o da attività pericolose) l'obbligo di risarcire il danno.

Per completare questa rapidissima carrellata, si pensi infine al rapporto di lavoro a tempo indeterminato e al dovere del datore di lavoro di conservare il posto al lavoratore in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento.

2. – Nella stragrande maggioranza i rapporti cui ho accennato in via esemplificativa evolveranno senza che si crei una situazione di conflitto fra le parti: – i genitori troveranno l'accordo per esercitare entrambi nell'ambito della famiglia la responsabilità genitoriale e sostenere in comune le spese del mantenimento; – il *de cuius* nel disporre dei propri beni per testamento (e prima ancora per donazione) rispetterà le c.d. quote di legittima; – il vicino acconsentirà a ridurre le immissioni entro il limite della normale tollerabilità, o consentirà spontaneamente il passo sul suo fondo; – il locatore provvederà a conservare la casa locata in buono stato locativo e il conduttore corrisponderà il canone nei termini pattuiti; – l'autore di un danno ingiusto provvederà spontaneamente a liquidarlo; – il datore di lavoro licenzierà solo alla presenza di una palese giusta causa o di un giustificato motivo.

È possibile però che, almeno in una serie limitata di casi, ciò non avvenga.

In questi casi residuali sì ma reali il titolare dell'interesse considerato come prevalente dalla legge o dal contratto (dopo avere tentato anche di ricorrere a istituti non contenziosi quali la conciliazione o la mediazione), ove non voglia fare dipendere la soluzione del conflitto dai meri rapporti di forza (economica o psicologica), deve poter avere la possibilità di rivolgersi allo Stato e, per suo tramite, ottenere tutto quello e proprio quello che era previsto dalla legge o dal contratto.

In questo caso ed entro questi limiti si colloca il ricorso al processo civile.

In tal caso al titolare dell'interesse considerato come prevalente dalla legge o dal contratto dovrà essere riconosciuto il potere (non il dovere) di rivolgersi al giudice statale, cioè ad un terzo di cui la legge assicura la

terzietà e l'imparzialità (oltre alla non soggezione o nessun altro potere se non quello della legge) per ottenere giustizia (l'affidamento dei figli e/o il mantenimento del figlio; – la quota di legittima lesa dalle disposizioni del testatore; – la cessazione delle immissioni illegittime o degli impedimenti al suo diritto di passo; – le somme di denaro per effettuare lui stesso le opere necessarie al mantenimento della casa in buono stato abitativo; – le somme di denaro cui aveva diritto quale canone di locazione; – la liquidazione del danno ingiusto causatogli dal fatto doloso o colposo altrui; – la reintegrazione nel posto di lavoro di cui era stato privato a seguito del licenziamento illegittimo.

3. – Le cose non sono però così semplici come a prima vista potrebbe sembrare.

Innanzitutto il giudice dovrà accertare se chi gli chiede giustizia abbia davvero ragione o invece abbia torto. Non è infatti da escludere che gli si chieda giustizia: – non avendo alcun diritto all'affidamento e al mantenimento; – non avendo alcun diritto alla legittima perché già destinatario di adeguate donazioni in vita; – le immissioni non sono illegittime o il fondo non sia intercluso; – il conduttore ha accettato di addossarsi lui le spese per il ripristino del buono stato locativo ecc. ecc.

In secondo luogo questo accertamento dovrà avvenire nel «contraddittorio» della controparte, la quale avrà ben diritto di fare valere le sue ragioni davanti al giudice. E a queste ragioni avrà diritto di replicare chi ha instaurato il processo ecc. ecc.

Il processo non è una *slot machine* che appena sollecitata dà immediatamente la risposta, ma è costituito da una serie ordinata di atti delle parti e dal giudice diffusa nel tempo che solo alla fine si concluderà con la decisione di chi ha ragione e chi ha torto. Talvolta per arrivare alla decisione occorrerà sentire terzi a conoscenza dei fatti o esperti per procedere ad operazioni tecniche (relative ad es. al grado delle immissioni, ovvero alla effettiva interclusione del fondo, ovvero ancora alle opere da effettuare sull'immobile locato ecc. ecc.).

E se la decisione del giudice fosse sbagliata? Ecco che sorge la possibilità (non la necessità) di nuove complicazioni (la possibilità di avvalersi di mezzi di impugnazione innanzi a giudici di «grado» superiore). Esaurite queste possibili fasi l'accertamento contenuto nella decisione del giudice diviene immutabile in tutti i futuri processi fra le stesse parti.

4. – Esaurita questa fase volta a sapere se si ha ragione o no, il nostro eventuale cittadino che si è rivolto al giudice per ottenere tutto quello e

proprio quello che era previsto dalla legge o dal contratto, è giunto solo a metà dell'opera.

Con la decisione del giudice ha ottenuto solo un accertamento, non ancora «tutto quello e proprio quello». Ovvero, più esattamente lo ottiene solo se la parte che è risultata avere torto si adegua, nella realtà effettuale, all'accertamento del giudice. In tal caso il conflitto è risolto.

Se invece questo adeguamento spontaneo manca, anche se sollecitato non si verifica, si dovrà fare ricorso ad un altro processo, nel quale eliminata ormai ogni incertezza sulla ragione e sul torto, occorrerà far sì che, sempre tramite il giudice (o suoi ausiliari suoi delegati), il nostro cittadino possa ottenere proprio quelle utilità (quel «bene della vita») che è stato accertato spettargli.

Si pensi per tutte a titolo di esempio al pagamento di una somma di denaro: il processo di cui avrà bisogno è un processo che apprenda prima e venda poi alcuni beni di chi ha avuto torto allo scopo di consentire al creditore di essere soddisfatto sulla somma ricavata della vendita (forzata). E qualcosa di analogo, anche se più semplice, avverrà in caso di mancata consegna o rilascio spontaneo, ove il mancato adeguamento spontaneo concerna beni di tale specie.

In caso di mancato adeguamento ad obblighi di non fare (astenersi dall'impedire il passaggio ecc.) o di fare (specie se infungibili, come si ritiene sia la reintegra nel posto di lavoro) si dovrà seguire una tecnica diversa: minacciare chi ha avuto torto di pagare per ogni mancato adeguatamente somme di denaro che gli arrechino un danno superiore al danno che gli deriverebbe dall'adeguamento spontaneo (in caso di interessi non patrimoniali si può giungere fino a minacciare una sanzione penale).

5. – Prima di concludere questo capitolo del tutto introduttivo sono necessari ancora due brevi cenni.

Il primo concerne le ipotesi in cui la parte che ha torto non contesti di avere torto, non si adegui spontaneamente solo perché non è in grado di adeguarsi: l'esempio tipico è quello del debitore di somme di denaro che non abbia le liquidità necessarie (o anche, occorre aggiungere, quello del conduttore che non rilascia l'immobile locato perché non trova altra abitazione con canone sociale). In questi casi (si dice di lite da pretesa insoddisfatta, non da lite contestata) sarebbe del tutto inutile fare svolgere un processo dal tipo di quello accennato *retro* 3. Ed infatti in questi casi si ricorre a processi (qualificati sommari) semplificati al massimo, che aprono rapidamente le porte alle forme di attuazione cui si è accennato *retro* 4.

Il secondo cenno che volevo fare è che in talune ipotesi il bene riconosciuto dalla legge o dal contratto è bene il cui titolare subirebbe un pregiudizio irreparabile o comunque molto grave, ove dovesse utilizzare solo processi della specie accennati *retro* 3; processi, questi, che hanno una loro fisiologica durata di almeno sei-dodici mesi (non è questo purtroppo il caso dell'Italia). Si pensi per tutti all'imprenditore creditore di somme di denaro che in caso di mancato tempestivo pagamento rischierebbe il fallimento; o al caso del licenziamento antisindacale che in caso di mancato reintegro immediato, determinerebbe la forzata assenza dal luogo di lavoro proprio del sindacalista tramite il quale il sindacato è presente sul luogo di lavoro, ecc. ecc. Anche in questi casi è necessario prevedere la possibilità del ricorso a processi (sommari) urgenti semplificati al massimo.

PRIMA LEZIONE

IL PROCESSO DI COGNIZIONE

6. – Per processo di cognizione (o più esattamente processo a cognizione piena ed esauriente) si intende il processo civile che tutti coloro che ritengano di avere subito un torto possono instaurare sulla base della loro mera affermazione di essere titolari di un interesse protetto dalla legge o dal contratto. Esso quindi, si suole dire, ha carattere «atipico» e non presuppone un interesse o un torto specificamente predeterminato.

Il processo comincia con una domanda, una richiesta di tutela rivolta al giudice, con la quale si indica l'autore del torto subito, l'interesse protetto con la indicazione dei fatti che lo hanno fatto sorgere, le prove attraverso le quali si intende portare a conoscenza del giudice i fatti che hanno fatto sorgere l'interesse protetto e i fatti da cui deriva il torto subito.

Perché il giudice possa conoscere questa domanda occorre che essa sia portata a conoscenza del (presunto) autore del torto (principio del contraddittorio anticipato) perché questi possa a sua volta fare valere le sue ragioni allegando eventuali motivi (fatti) che giustificano il suo comportamento e indicando le prove contrarie a quelle indicate dal richiedente originario e le prove positive dei fatti posti a fondamento delle sue (eventuali) giustificazioni.

Chi per primo ha preso l'iniziativa del processo si chiama «attore» mentre colui nei cui confronti è proposta la domanda si chiama «convenuto» (da convenire, chiamare in giudizio).

Entrambi costituiscono le «parti» del processo.

Proposta la domanda e proposta la difesa del convenuto entra in gioco il giudice il quale non potrà pronunciare la sua decisione e dire chi ha ragione e chi ha torto prima che entrambe le parti abbiano fatto valere (o siano state messe in condizioni di fare valere) tutti i propri strumenti di attacco e di difesa e soprattutto tutte le prove sui fatti controversi.

Dopo che entrambe le parti (talora anche a seguito di richieste di chiarimenti rivolte loro dal giudice) hanno fatto valere le loro ragioni è possibile (e doveroso) pervenire alla decisione del giudice che dirà chi ha ragione e chi ha torto.

Questa decisione, nonostante la sua indubbia importanza perché emessa dopo una cognizione piena ed esauriente, potrebbe però essere errata, o comunque ritenuta tale dalla parte che si è vista dare torto.

Il vizio della decisione può derivare da errore sia del giudice (che non ha dato sufficiente importanza ad es. a talune difese del convenuto o ha male valutato prove pure fatte valere) sia della parte (che, probabilmente per difetti del suo difensore, del suo avvocato, non ha fatto valere tutti i suoi mezzi di attacco o di difesa).

Il rimedio generale attraverso cui denunciare tutti i possibili errori della decisione si chiama appello ed è volto a provocare una nuova decisione da parte di un giudice (normalmente collegiale) c.d. di grado superiore.

Contro la decisione d'appello potranno infine essere denunciati, davanti alla Suprema Corte di cassazione, solo vizi, errori tassativamente individuati dalla legge (su cui v. *infra* § 10).

L'accertamento contenuto nella decisione non più suscettibile di appello o ricorso per cassazione, si suole dire che è coperto da autorità di cosa giudicata: cioè che è immutabile e farà stato a tutti gli effetti nei futuri giudizi fra le stesse parti (v. *infra* § 11).

Riassumendo si potrebbe dire che il processo a cognizione piena ed esauriente ha come obiettivo la tutela della parte vittoriosa secondo «verità» e «certezza».

7. – Si è già detto nell'introduzione che il processo è costituito, è una serie ordinata di atti delle parti e del giudice, diffusa nel tempo, finalizzata a concludersi con una decisione che dica chi ha ragione e chi ha torto.

Occorre ora soffermarsi sull'aggettivo «ordinata».

Si tratta di un punto centrale non solo per il rispetto del lavoro delle parti o del giudice, ma anche perché il processo arrivi alla sua conclusione in un tempo ragionevole (ma sul rispetto del principio costituzionale della

ragionevole durata del processo intervengono anche altri fattori come si dirà *infra* v. § 28).

Perché la serie di atti sia ordinata, occorre distinguere gli atti a seconda che attengano alla fase c.d. preparatoria, alla fase c.d. istruttoria o alla fase c.d. decisoria.

La fase preparatoria è volta alla individuazione delle domande (delle richieste) di tutela, delle difese del convenuto, delle questioni di diritto, dei fatti controversi.

Esaminiamo distintamente tali punti.

Il processo civile inizia con un atto introduttivo rivolto al giudice e al convenuto, con cui l'attore – dopo avere indicato l'ufficio giudiziario a cui si rivolge e il nome di esso attore e del convenuto – specifica:

- a) quale sia il diritto (l'interesse protetto) fatto valere in giudizio;
- b) quali siano le molestie, le turbative, gli atti di mancata cooperazione, i torti del convenuto;
- c) quale (o quali) siano i fatti concreti cui la legge (o il contratto) ricollegano il sorgere del diritto fatto valere;
- d) quale sia la forma di tutela richiesta: mero accertamento, condanna;
- e) quali siano le prove.

I primi quattro requisiti sono tutti indispensabili per individuare la richiesta di tutela dell'attore (e per consentire per un verso al convenuto di sapere contro chi e cosa difendersi, e per altro verso al giudice di sapere su cosa dovere decidere). Più problematico è invece dire se la stessa indispensabilità concerne anche la indicazione delle prove. Nel processo civile, infatti, la prova normalmente (fatta eccezione delle ipotesi residuali dei processi relativi a diritti assolutamente indisponibili) è necessaria solo relativamente a fatti controversi, e, prima della replica del convenuto all'atto introduttivo dell'attore, non si sa quali dei fatti affermati dall'attore saranno contestati dal convenuto e come tali diverranno bisognosi di prova. Imporre all'attore di indicare a pena di decadenza le prove sin dall'atto introduttivo può quindi sembrare eccessivo, ma se non lo si fa, a seguito della contestazione del convenuto, i fatti contestati (controversi) diverranno bisognosi di prova e quindi occorrerà concedere un termine all'attore per l'indicazione delle prove, e in tal modo si avrà un allungamento della durata del processo. La scelta tra l'uno e l'altro sistema dipenderà da scelte discrezionali del legislatore, scelte sulle quali non è questa la sede per soffermarsi.

Portato l'atto introduttivo dell'attore a conoscenza del convenuto, a questi dovrà essere consentito il pieno diritto di difesa.

Le difese del convenuto (possibili ma non doverose) potranno essere molteplici.

Innanzitutto il convenuto dovrà prendere posizione chiara sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicando se tutti o solo alcuni sono contestati, e quindi in quanto controversi bisognosi di prova; e, se il sistema prevede che già dall'atto introduttivo l'attore debba indicare le prove, il convenuto dovrà a sua volta indicare le prove contrarie di cui intende avvalersi.

In secondo luogo il convenuto potrà – si dice – proporre «eccezioni» a fronte della domanda dell'attore: ad es. il convenuto per il risarcimento del danno potrà eccepire che il credito si è prescritto, o che è stato già pagato o, ancora, che a sua volta è titolare di un credito che «compensa» (cioè estingue) il credito vantato dall'attore.

In terzo luogo il convenuto potrà rendersi a sua volta attore e proporre «domanda riconvenzionale» a fronte della domanda dell'attore. Ad es. l'attore ha agito per l'esecuzione del contratto e il convenuto propone domanda riconvenzionale di nullità, annullamento, risoluzione del contratto.

A questo punto lo stato di avanzamento del processo (atto introduttivo dell'attore, replica del convenuto, eventuale controreplica dell'attore) è tale da rendere necessario l'intervento del giudice in quella che si suole chiamare «prima udienza».

Scopo di questa prima udienza dovrebbe essere quello di portare a definitivo completamento la fase preparatoria con la (tendenzialmente) definitiva fissazione del *thema decidendum* (domande ed eccezioni) e *thema probandum* (fatti bisognosi di prove – a differenza dei documenti – non precostituite ma da assumere nell'ulteriore corso del processo: testimonianze, ispezioni, consulenze tecniche ecc.).

Per realizzare in modo efficace questo scopo di estrema importanza è (dovrebbe essere) la partecipazione attiva del giudice nella prima udienza, la sua collaborazione con le parti (se presenti per essere interrogate liberamente) e con i loro difensori in modo da ottenere schiarimenti sui fatti di causa, fare emergere non contestazioni, selezionare le prove effettivamente rilevanti, individuare questioni di diritto ecc. ecc. Frutto di questa attività potrebbe (e anzi spesso dovrebbe) essere la prospettiva con qualche (notevole) probabilità di successo di ipotesi conciliative con conseguente chiusura del processo con risparmio notevole di attività sia per il giudice sia per le parti.

Comunque, se non si raggiungono soluzioni conciliative, al termine della prima udienza dovrebbe risultare chiaro (al giudice e alle parti) quale

è il «nocciolo» della controversia e quali sono le attività istruttorie eventualmente da svolgere. Ovviamente tutto ciò è possibile in quanto le parti negli atti introduttivi del processo abbiano effettivamente calato le proprie carte di attacco e di difesa (a ciò sollecitata da scadenze previste dalla legge) e in quanto il giudice arrivi in prima udienza dopo aver letto (e, se necessario, studiato) gli atti redatti dalle parti (cosa che purtroppo in Italia raramente avviene).

8. – Chiusa la fase preparatoria, si possono verificare due eventualità:

a) La controversia non necessita di attività istruttoria o perché non sussiste alcun fatto controverso, e la causa, come si suole dire, sia di puro diritto, o perché i fatti controversi sono tutti provati da prove «precostituite» al processo, da prove cioè documentali già acquisite al processo. In tali casi la causa è già matura per essere decisa e non si svolgerà alcuna fase istruttoria.

b) Vi siano alcune prove (considerate ammissibili e rilevanti da parte del giudice, con decisione sul punto che ben potrebbe essere effettuata a termine della stessa prima udienza) da assumere. In questo caso andrà fissata una nuova udienza per l'assunzione della prova.

In cosa consisterà questa attività istruttoria? Quali e cosa sono le prove?

Le prove sono cose o atti che abbiano la capacità di rappresentare i fatti controversi.

Innanzitutto il fatto controverso può essere un fatto ancora esistente al momento del processo: es. distanza dal confine della costruzione, o il grado di disabilità provocata da fatto illecito, ecc. ecc. In tutte queste ipotesi la prova da utilizzare è l'ispezione dei luoghi o delle persone. Mentre però l'ispezione dei luoghi è effettuabile dallo stesso giudice, l'ispezione della persona richiede capacità tecniche (mediche) che mancano al giudice, il quale pertanto dovrà devolverle ad un consulente tecnico che effettuerà i suoi esami nel contraddittorio dei consulenti di parte.

Più frequentemente il fatto controverso sarà un fatto esauritosi nel passato. Ove tale fatto non sia rappresentato da un documento (e in questa categoria rientrano anche i documenti informatici, o le riproduzioni acustiche o visive) si dovrà fare ricorso alla intermediazione della memoria di terzi (solo eccezionalmente anche delle parti) i quali siano stati presenti allo svolgimento del fatto passato: è questo il settore della prova testimoniale che sarà assunta dal giudice nel contraddittorio delle parti nell'udienza appositamente fissata.

È opportuno notare che non sempre il giudice è in grado di «valutare» le prove, cioè desumere da esse la conoscenza del fatto controverso; si pensi ad es. ad una controversia sulla gestione del conto, o anche sulla produzione della cartella clinica e di altri esami medici: in queste ipotesi il giudice dovrà demandare la valutazione delle prove acquisite al processo ad un consulente tecnico dotato di quelle capacità contabili o mediche necessarie per effettuare la valutazione; anche in questi casi la consulenza tecnica si svolgerà nel contraddittorio dei consulenti di parte; poi la valutazione finale spetterà sempre al giudice che si dice essere «perito dei periti».

9. – Esaurita l'istruzione la causa è matura per essere decisa, matura per la decisione in ordine a chi ha ragione e chi ha torto.

Udite le conclusioni delle parti, assunte le eventuali difese scritte, il giudice dovrebbe essere in grado di dare lettura, nella stessa udienza fissata per la discussione orale, del «dispositivo» o della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Come è stato osservato quando il giudice è investito di seri poteri di collaborazione con le parti e realmente li esercita; quando egli è coinvolto insieme alle parti in un comune contraddittorio che mira a sfrondare l'inutile e ad identificare, in fatto e in diritto, il vero «nocciolo» della controversia (v. quanto si è osservato circa l'importanza della prima udienza); quando i fascicoli delle parti, non invasi dalla profluvie della trattazione scritta, rimangono oggetti leggibili e non degradano a inaffidabili monumenti di archeologia; quando la prova orale, assunta unitariamente e contestualmente, è appena esaurita nel momento in cui il giudice decide e i risultati di essa (e ivi compresi la discussione orale tra consulente tecnico nominato dal giudice e consulenti tecnici di parte) sono vivissimi nel ricordo e nella coscienza di tutti i presenti; quando si verificano tali condizioni, non è impensabile che (anche nel processo civile e non solo nel processo penale) il giudice sia in grado non solo di pronunciare il dispositivo, ma anche di corredarlo di una motivazione succinta e quindi anche più comprensibile.

Purtroppo ciò non accade di frequente in Italia, anche se qualcosa negli ultimi anni si sta muovendo in questa direzione (indicata da Giuseppe Borrè nel lontano 1988).

10. – Si è già osservato, nella premessa di questo capitolo, che la decisione del giudice (di primo grado) può essere errata per errori del giudice o errori delle parti (soprattutto dei loro difensori).

L'eventualità dell'errore è ipotesi non eliminabile quanto meno nella cultura dell'Europa continentale. Di qui la previsione di un più o meno articolato sistema di impugnazioni.

Premetto che nell'economia del presente scritto io mi occuperò solo dei due mezzi di impugnazione più importanti e più usati nella pratica, mentre non accennerò neanche a rimedi residuali quali la revocazione e l'opposizione di terzo. Mi occuperò solo dell'appello e del ricorso per cassazione.

L'appello è il rimedio generale proponibile dalla parte soccombente (cioè quella a cui è stato dato torto) contro la decisione di primo grado.

Nel sistema dei mezzi di impugnazione l'appello è volto ad assicurare in modo pieno la «garanzia soggettiva» dell'impugnazione. Si dice che l'appello è un'impugnazione a critica libera nel senso che per suo tramite può essere denunciato qualsiasi errore, di fatto o di diritto, da cui sia affetta la decisione di primo grado.

Lo svolgimento del processo d'appello è molto più semplice di quello del processo di primo grado.

L'atto d'appello della parte soccombente si differenzia rispetto all'atto introduttivo del processo di primo grado perché deve contenere l'indicazione dei motivi specifici di errore della decisione impugnata.

Anche nel processo d'appello l'atto introduttivo va portato a conoscenza della controparte che deve nel suo atto di replica far valere le proprie difese e eventualmente proporre appello c.d. incidentale con cui dolersi a sua volta della parte della decisione di primo grado che la ha visto a sua volta soccombente.

Dopo questi scritti introduttivi si può svolgere l'udienza davanti al collegio d'appello, nel corso della quale le parti potranno svolgere oralmente repliche e controrepliche, a termine delle quali – come in ogni caso è la regola – il collegio dovrebbe essere in grado di pronunciare la sua decisione sulla falsariga di quanto già visto per la decisione in primo grado.

Problema delicato è quello che concerne le nuove (eccezioni e soprattutto nuove) prove in appello.

Esigenze di economia di attività processuale indurrebbero ad escluderle; esigenze di giustizia sostanziale (rafforzate dalla circostanza che il numero abnorme degli avvocati in Italia non assicura sempre una «buona» difesa tecnica in primo grado) indurrebbero ad ammetterle.

Completamente diverso dall'appello è (o dovrebbe essere) la struttura e la funzione del ricorso per cassazione rivolto alla Corte di cassazione, cioè alla magistratura superiore o suprema che ha sede a Roma.

La funzione delle corti supreme in tutti gli ordinamenti ha lo scopo di assicurare l'uniformità della giurisprudenza al fine di evitare che la stessa disposizione di legge sia interpretata in un modo da parte ad es. dei giudici di Palermo, ed in un altro modo sempre ad es. dai giudici di Milano. Il rispetto del principio costituzionale di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.) lo impone e, a mio avviso, non è un caso che il ricorso per cassazione sia l'unica impugnazione che sia prevista dalla nostra Carta costituzionale (art. 111, comma 7°: «contro le sentenze è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge»).

Per realizzare tale obiettivo occorrerebbe non solo (come in parte si fa) disporre che con il ricorso per cassazione si possono censurare solo gli errori di diritto, e non anche gli errori nell'accertamento del fatto; ma anche prevedere che il ricorso per cassazione è ammissibile solo quando si denunci la violazione di norme di diritto che siano relative a una questione che sia stata risolta dal giudice d'appello in contrasto con orientamenti costanti della Corte di cassazione o che coinvolgano una questione di rilievo generale.

Purtroppo ciò non si verifica in Italia per timidezza del legislatore ordinario che non si sente di bilanciare il valore del ricorso per cassazione ammesso «sempre» per violazione di legge con il valore anch'esso costituzionale (enunciato fra i «principi fondamentali») dell'eguaglianza davanti alla legge.

Quanto al procedimento, il giudizio di cassazione non pone problemi. Proposto ricorso con cui si denuncia la singola violazione di legge, e redatto eventualmente controricorso della controparte, portato il tutto a conoscenza del pubblico ministero, redatte eventualmente ulteriori memorie scritte, la controversia è matura per essere discussa oralmente innanzi al collegio della Corte, che poi enuncerà la decisione.

11. – Già nella premessa ho accennato al fatto che, esperite tutte le impugnazioni, o lasciati decorrere inutilmente i termini per la loro proposizione, la decisione (la sentenza) diviene immutabile e l'accertamento circa l'assistenza o no dell'interesse sostanziale protetto diviene immutabile in tutti i futuri giudizi per le stesse parti. Questo fenomeno si chiama «cosa giudicata sostanziale».

Esso dà luogo a notevoli problemi circa la delimitazione oggettiva dell'accertamento immutabile e, in parte, circa la delimitazione soggettiva.

Quanto al problema dei limiti oggettivi della cosa giudicata, si rifletta su questo esempio elementare.

Interesse giuridicamente protetto (diritto) fatto valere in giudizio è il pagamento di una rata del prezzo di un contratto di compravendita. Per accertare l'esistenza del diritto relativo alla singola rata il giudice dovrà necessariamente pronunciarsi su di una serie di questioni c.d. pregiudiziali: dovrà accertare che il contratto di compravendita è stato stipulato; su sollecitazione del convenuto o d'ufficio dovrà avere ritenuto valido ed efficace il contratto; avrà probabilmente dovuto accertare l'ammontare complessiva del prezzo ecc. ecc.

Solo l'accertamento della singola rata fatta valere in giudizio sarà immutabile in tutti i futuri processi fra le stesse parti, o anche gli altri accertamenti c.d. pregiudiziali saranno coperti dalla stessa immutabilità?

In concreto nel secondo processo relativo al pagamento di un'altra rata del prezzo (o, il problema non cambia, relativo alla consegna del bene) si potrà ancora discutere sulla esistenza, validità ed efficacia del contratto? O una simile possibilità è esclusa dalla immutabilità del primo accertamento, immutabilità che si estende anche all'accertamento delle questioni pregiudiziali?

La soluzione accolta dalla giurisprudenza è la seconda, ma parte della dottrina sostiene la prima.

Non è ovviamente questa la sede per prendere posizione su tale problema. È opportuno invece notare come la soluzione che individua in modo ampio i limiti oggettivi della cosa giudicata è soluzione che esalta valori quali la economia delle attività processuali (evitando che la stessa questione sia esaminata più volte in processi diversi) e esigenze di certezza nei rapporti giuridici. L'opposta soluzione valorizza invece la piena disponibilità della parte privata non solo di mettere in moto o no il processo, ma anche di delimitarne la parte di accertamento suscettibile di divenire immutabile in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti.

Più semplice è il problema dei limiti soggettivi.

È da premettere che in tanto il problema si pone in quanto gli interessi (i rapporti giuridici) non vivono mai o quasi mai isolati, ma molto spesso si intrecciano tra loro.

Si pensi al solito contratto di compravendita e si ipotizzi che l'acquirente abbia a sua volta venduto il bene ad un terzo subacquirente.

La sentenza che dopo la seconda vendita abbia accertato la nullità o l'annullamento del primo contratto di compravendita avrà efficacia o no sfavorevole a danno del terzo subacquirente?

La tendenza oggi prevalente è nel senso di ritenere che la garanzia costituzionale del diritto di difesa vada riconosciuta anche al terzo e quindi escludere che l'accertamento possa avere efficacia contro terzi che non

hanno partecipato (né sono stati messi in condizione di partecipare) al primo processo.

Le uniche ipotesi in cui tale efficacia potrà manifestarsi sono quelle in cui il terzo ha la qualità di erede della parte che ha partecipato al processo o sia divenuto subacquirente dopo che era stato iniziato il processo nei confronti del suo alienante.

SECONDA LEZIONE

I PROCESSI SOMMARI

12. – L'art. 24, comma 1°, della Costituzione, disponendo che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», costituzionalizza la «atipicità» del (diritto di azione): diritto di agire in giudizio; ciò significa che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dalla legge o dal contratto, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscono il potere di agire in giudizio.

Orbene la atipicità del diritto di azione la si coglie soprattutto a livello di processo (o di processi) a cognizione piena ed esauriente; il processo a cognizione piena può essere rappresentato come il contenitore neutro idoneo a ricomprendere, tendenzialmente, qualsiasi tipo di diritto dedotto in giudizio. Ciò significa che anche ove emergano nuovi diritti questi possono trovare tutela giurisdizionale nell'ambito del processo a cognizione piena.

Esemplificando: è da osservare che la radicale trasformazione subita, a seguito della Costituzione del 1948, dal sistema e dal catalogo dei diritti sostanziali (col passaggio da un sistema imperniato sulla proprietà e sull'impresa ad un sistema il cui fulcro sono la persona umana ed il lavoro), non ha comportato alcuna modifica del processo a cognizione piena ed esauriente essendo questo *tendenzialmente* idoneo a contenere e a dare tutela anche ai nuovi diritti emersi a seguito della emanazione della Costituzione e/o della legislazione ordinaria successiva. Idoneità tendenziale, poiché il problema che spesso si pone riguardo ai nuovi diritti basati sui valori della persona e del lavoro, non è tanto quello di dare ad essi una tutela giurisdizionale quale che sia, ma una tutela *urgente* che non sempre il processo a cognizione piena ed esauriente, da solo, è in grado di assicurare.

Differenti sono le considerazioni da fare riguardo ai processi sommari.

A differenza del processo a cognizione piena ed esauriente, i processi sommari sono processi «tipici»: processi cioè ai quali si può fare ricorso non sulla base della mera affermazione della titolarità del diritto, bensì sulla base di specifici presupposti speciali di ammissibilità previsti per ciascuno di essi.

Di qui la conseguenza che, diversamente da quanto accade per il processo a cognizione piena ed esauriente, molto spesso i nuovi diritti emersi a seguito della Costituzione in tanto possono trovare tutela anche attraverso i processi sommari in quanto il legislatore ordinario abbia avuto l'accortezza di predisporre per essi in via tipica l'accesso a questa specie di tutela: è da considerare infatti che la disciplina dei processi sommari è il settore del codice di procedura civile che più di ogni altro riflette le scelte politiche del legislatore del 1942, scelte politiche che non potevano non pretermettere del tutto la tutela di diritti basati sulla persona e sul lavoro.

È però da sottolineare come proprio nel titolo relativo ai processi sommari del codice del 1942 si rinviene una disposizione, l'art. 700, dotata di un alto tasso di atipicità; nei limiti, infatti, in cui sussista il requisito speciale (tipico) del pregiudizio irreparabile, qualsiasi diritto può essere fatto valere nella forma sommaria (cautelare) del provvedimento d'urgenza allo scopo di ottenere un provvedimento sommario «che assicuri provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito» (cioè della decisione con cui si conclude il processo a cognizione piena ed esauriente). È da sottolineare l'importanza centrale che l'art. 700 ha assolto e assolve allo scopo di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nel nostro sistema di tutela giurisdizionale, complessivamente inteso.

13. – L'espressione «processi sommari» suscita inevitabilmente perplessità in quanto è indice di una cognizione di qualità inferiore rispetto alla c.d. cognizione piena (ancorché tale inferiorità concerne le garanzie processuali, non necessariamente anche la qualità logica della cognizione).

Per comprenderne il *proprium*, la tecnica della tutela sommaria deve essere necessariamente posta in contrapposizione con la tecnica del processo a cognizione piena ed esauriente.

La tecnica del processo a cognizione piena è caratterizzata:

a) dalla predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice, in riferimento: 1) alle allegazioni in punto di domande, eccezioni, e fatti che ne costituiscono il fondamento; 2) alla tipicità dei mezzi di prova precostituiti o costituendi, alla predeterminazione delle modalità di assunzione delle prove entro il processo e dei soggetti su iniziativa dei quali le

prove possono essere acquisite al giudizio; 3) ai termini a difesa delle parti nella fase introduttiva del giudizio, nel corso del suo svolgimento e nella fase decisoria;

b) dalla realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata, per cui è emanata la decisione solo dopo che è stata garantita ad entrambe le parti la possibilità di far valere *tutte* le proprie difese (istanze probatorie, eccezioni, domande riconvenzionali ecc.);

c) in considerazione di queste caratteristiche del processo, all'accertamento contenuto nella decisione è attribuito autorità di cosa giudicata sostanziale (immutabilità) in tutti i futuri giudizi tra le parti (gli eredi e gli aventi causa).

La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all'accertamento della verità, al raggiungimento della certezza.

14. – Accanto al processo a cognizione piena, il nostro ordinamento conosce una miriade di processi, definiti sommari, che presentano deviazioni rispetto allo schema procedurale ordinario previsto per i processi a cognizione piena ed esauriente.

a) Nell'ambito di taluni procedimenti il legislatore ha derogato alla regola, vigente nel processo a cognizione piena, secondo cui il contraddittorio deve realizzarsi in via anticipata rispetto al momento della pronuncia da parte del giudice: in tal caso il contraddittorio, assente nella prima fase sommaria, può eventualmente essere attivato in una fase successiva che avrà luogo dopo la pronuncia del giudice su iniziativa del destinatario passivo del provvedimento giudiziale.

Se il contraddittorio è posticipato, la decisione emanata prima della sua realizzazione sarà una decisione necessariamente limitata alla conoscenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondamento del diritto dedotto in giudizio: infatti dal momento che il convenuto non è messo in grado di contraddire, non potranno normalmente essere allegati al giudizio i fatti (modificativi, impeditivi, estintivi) del diritto azionato che sono a fondamento delle eccezioni del convenuto.

Tale cognizione, per usare la terminologia classica, è definita sommaria perché *parziale*, in quanto ha ad oggetto solo una parte dei fatti rilevanti, i fatti costitutivi; gli altri potranno essere allegati al giudizio, ma soltanto in una fase successiva alla decisione del giudice.

b) Un'altra deviazione dallo schema del processo ordinario è relativa alle modalità di realizzazione del contraddittorio: in alcuni procedimenti il contraddittorio si realizza in via anticipata rispetto alla fase decisoria, ma

secondo modalità rimesse alla discrezionalità del giudice e non predeterminate dal legislatore. In tal modo risultano soppresse le garanzie tipiche del processo a cognizione piena: i poteri processuali delle parti, non derivando dalla legge, ma dal potere «discrezionale» del giudice, finiscono per non essere più «poteri».

In questa ipotesi, poiché il contraddittorio è anticipato, il giudice potrà conoscere non solo dei fatti allegati dall'attore a fondamento della sua pretesa, ma anche delle difese del convenuto. La cognizione viene definita sommaria, non perché parziale, ma perché superficiale, in quanto l'attività conoscitiva del giudice, pur avendo ad oggetto sia i fatti che fondano la domanda sia quelli che fondano le eccezioni, non avviene nelle forme e secondo le modalità previste, in funzione di garanzia, per il processo a cognizione piena ed esauriente.

c) I processi sommari possono concludersi sia con decisioni idonee a dettare una disciplina immutabile al diritto controverso, capaci cioè di assicurare le stesse utilità o utilità equivalenti a quelle di una decisione emessa al termine di un processo a cognizione piena (decisioni sommarie non cautelari con attitudine al giudicato); sia con decisioni inidonee a dettare una disciplina immutabile del diritto controverso, ma capaci di assicurare una tutela provvisoria (provvedimenti sommari cautelari subordinati alla sussistenza del requisito del *periculum in mora*).

Processi così strutturati non tendono a quella verità e certezza che costituisce il risultato tendenziale del processo a cognizione piena ed esauriente, ma tendono unicamente alla verosimiglianza o alla probabilità, cioè ad un risultato inferiore.

A questo punto è necessaria una considerazione; la storia del diritto processuale dimostra che i legislatori di ogni tempo e di ogni luogo hanno affiancato al processo ritenuto in quel dato momento storico come ordinario, figure processuali diverse, anch'esse utilizzate per assicurare la giustizia civile.

I parametri di differenziazione tra processo ordinario e processi sommari, riscontrabili in ogni momento storico e vevoli in ogni ordinamento, possono essere così schematizzati:

a) l'uno è regolato secondo schemi procedurali minuziosi e predeterminati dalla legge, gli altri sono caratterizzati da regole semplificate o addirittura inesistenti (e in questo caso la gestione del processo è pressoché totalmente rimessa alla discrezionalità del giudice), in modo da conseguire una semplificazione delle formalità processuali e quindi un'accelerazione dell'intervento giurisdizionale;

b) l'uno rappresenta la regola del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, gli altri rappresentano delle eccezioni.

Dal lato storico emerge però con assoluta sicurezza che la tutela sommaria ha costituito sempre una componente ineliminabile del sistema di tutela giurisdizionale civile complessivamente inteso. Da ciò l'opportunità di non accostarsi con pregiudiziale sfavore all'analisi dei processi sommari, bensì di comprendere i motivi per cui le legislazioni di ogni tempo e ogni luogo hanno fatto ricorso alla tutela sommaria; nella consapevolezza – è bene anticiparlo fin d'ora – dell'essenzialità di un adeguato sistema di tutela sommaria allo scopo di assicurare l'efficacia e l'effettività del sistema di tutela giurisdizionale complessivamente inteso.

15. – Le esigenze che storicamente sono state soddisfatte dalla tecnica della tutela sommaria possono essere riassunte in: 1) esigenze di economia di giudizi: ossia evitare il costo del processo a cognizione piena ed esauriente quando non sia giustificato da una contestazione effettiva; 2) esigenze di evitare l'abuso del diritto di difesa (degli strumenti di garanzia previsti dal processo a cognizione piena) da parte del convenuto che abbia torto; 3) esigenze di effettività della tutela ogni qual volta questa sia compromessa dai tempi, anche fisiologici, del processo a cognizione piena ed esauriente.

Studi classici, ma anche il buon senso, indicano che il processo a cognizione piena ed esauriente ha un costo altissimo, per le parti e per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso: in tutti i casi in cui è dedotto in giudizio un diritto intorno al quale manchi una contestazione effettiva e il diritto è disponibile dalle parti, il *costo* del processo a cognizione piena diventa *spreco*; la realizzazione piena del principio del contraddittorio, in via anticipata e secondo regole predeterminate, funziona a vuoto e presenta il rischio: aa) di agire da stimolo a contestazioni o resistenze, prive di seria consistenza, proposte dal convenuto che ha torto al solo scopo di lucrare il tempo, più o meno lungo, necessario per la conclusione del procedimento con decisione esecutiva; bb) di ingorgare oltre misura l'amministrazione della giustizia nel suo complesso con processi a cognizione piena inutili, aumentandone il numero, paralizzandone lo svolgimento e comunque allungandone i tempi di durata.

Le tecniche utilizzate dal legislatore per soddisfare l'esigenza di evitare il costo del processo a cognizione piena sono:

A) La tecnica dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale: in base a documenti che attestano la mera esistenza dei fatti costitutivi del diritto, il legislatore prevede che possa essere iniziata l'esecuzione forzata; in tal

modo viene attribuita efficacia esecutiva non solo a decisioni giurisdizionali, ma anche ad atti o documenti di formazione stragiudiziale: è il caso della cambiale, quando è in regola col bollo, della scrittura privata autenticata, dell'atto pubblico, delle ordinanze irrogatrici di sanzioni amministrative ecc. (v. *infra* § 19).

Le considerazioni che giustificano una tale scelta sono evidenti, si pensi per tutti alla cambiale: il regime della circolazione dei titoli di credito riduce in modo rilevante il numero delle eccezioni che il debitore può far valere; infatti è probabile che il debitore non contesti l'esistenza del credito, ma solo non voglia pagare. In tale ipotesi è inopportuno costringere il creditore a mettere in moto un processo per ottenere un titolo esecutivo giudiziale ma, per ragioni di efficienza, è preferibile dare immediatamente efficacia esecutiva alla cambiale e prevedere ad esempio che, ove il debitore abbia qualcosa da obiettare, sia costui a prendere l'iniziativa proponendo opposizione all'esecuzione e in questa sede chiedere, se del caso, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo o della esecuzione già iniziata.

B) La tecnica del procedimento monitorio in cui il giudizio sull'opportunità di instaurare il processo a cognizione piena è rimesso alla parte nel cui interesse il contraddittorio è predisposto: cioè il debitore, l'obbligato, il titolare passivo del rapporto dedotto in giudizio. Tale tecnica consiste nella possibilità di ottenere una decisione di condanna del debitore in assenza di contraddittorio (per cui si parla di provvedimento emesso *inaudita altera parte*), provvedimento la cui efficacia è sottoposta alla mancata opposizione o al mancato accoglimento dell'opposizione proposta dal debitore, opposizione che dà luogo allo svolgimento di un vero e proprio processo a cognizione piena ed esauriente.

C) Sempre nei processi relativi a diritti disponibili, alla tutela sommaria si fa ricorso in ipotesi di contumacia del convenuto, contumacia però che nel nostro ordinamento è valorizzata solo in alcuni dei processi in materia di locazione (sfratto per morosità o per finita locazione).

16. – La seconda esigenza che può giustificare il ricorso alla tutela sommaria e che storicamente l'ha giustificato, è quella di evitare che il convenuto possa utilizzare gli istituti previsti dal processo a cognizione piena ed esauriente con finalità meramente dilatorie.

Nel caso in cui, nel processo a cognizione piena, risultino controversi non solo i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, ma anche i fatti (modificativi, estintivi, impeditivi) posti a fondamento delle eccezioni del convenuto, poiché i tempi di svolgimento del processo possono derivare dalle necessità probatorie sia in ordine ai fatti costitutivi sia in ordine ai

fatti allegati dal convenuto, può emergere l'esigenza di addossare i tempi immediati del processo di cognizione alla parte che ha bisogno della cognizione stessa; e di conseguenza, una volta raggiunta la prova sui fatti costitutivi, si può consentire l'emanazione di un provvedimento di condanna sulla base della prova piena solo di tali fatti e della delibazione della infondatezza delle eccezioni. Con tale provvedimento l'attore viene munito immediatamente di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, col quale può mettere in moto un procedimento di esecuzione forzata; d'altra parte il convenuto ha in ogni caso la possibilità di continuare a dare impulso al processo per la cognizione in ordine ai fatti allegati a fondamento delle sue eccezioni.

La tecnica con la quale soddisfare tale esigenza è quella della condanna con riserva delle eccezioni: in base alla prova piena dei fatti costitutivi allegati dall'attore e alla delibazione dell'infondatezza delle eccezioni, viene emesso un provvedimento giurisdizionale risolutivamente condizionato all'aggravamento delle eccezioni del convenuto.

Tale tecnica non è prevista in via generale nel nostro ordinamento ma solo in una serie di previsioni tipiche (in materia di cambiali, di processi locativi ecc.) talune di grossissima rilevanza pratica (opposizione a procedimento monitorio di lunga indagine e non fondata su prova scritta). È auspicabile che tale tecnica sia a tempi brevi introdotta in via generale nel nostro ordinamento sulla falsariga del *référé provision* francese.

17. – L'ultima esigenza che è alla base del ricorso alla tutela sommaria è quella non di efficienza, ma di effettività della tutela.

Il processo a cognizione piena ed esauriente, essendo caratterizzato da forme e termini predeterminati dalla legge, ha necessariamente una sua durata fisiologica. Tale durata può agire negativamente ai fini della effettività della tutela giurisdizionale, sotto due profili: in primo luogo è possibile che durante lo svolgimento del processo a cognizione piena siano posti in essere atti o fatti idonei a frustrare la utilità pratica della futura decisione esecutiva (es. dispersione della garanzia patrimoniale, distruzione del bene di cui si chiedeva la consegna); in secondo luogo è possibile che oggetto del processo sia un diritto a contenuto e/o funzione non patrimoniale il cui permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una decisione esecutiva a termine di un processo a cognizione piena è fonte di un pregiudizio irreparabile (cioè non suscettibile di essere riparato adeguatamente *ex post* tramite la tutela risarcitoria. Si pensi, per tutti, ai diritti di libertà, al diritto agli alimenti e ai diritti di mantenimento).

In tutte queste ipotesi, perché la tutela giurisdizionale possa dirsi effettiva, devono predisporre forme di tutela sommaria che o impediscano il verificarsi degli eventi dannosi, o anticipino *tout court* la tutela.

Questa esigenza di effettività della tutela può ed è realizzata dal legislatore attraverso il ricorso a tecniche profondamente diverse:

a) la tecnica dei processi sommari superficiali con attitudine al giudicato: è quanto previsto procedimento (sommario) in tema di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro o del procedimento sempre sommario a garanzia dell'adempimento degli obblighi di mantenimento dei minori;

b) la tecnica dei processi sommari «cautelari» senza attitudine al giudicato. Tali processi sono subordinati all'accertamento da parte del giudice, oltre che del *fumus boni iuris* (cioè della probabile esistenza del diritto a cautela del quale si agisce) anche del requisito del *periculum in mora*: cioè dal danno che l'istante subirebbe ove dovesse attendere i tempi per l'emanazione di una decisione esecutiva a termine di un processo a cognizione piena ed esauriente.

Tutti i provvedimenti cautelari non hanno mai attitudine a dettare una disciplina immutabile del diritto controverso, e tutti sono pertanto destinati a divenire inefficaci a seguito della emanazione di una decisione a cognizione piena anche di primo grado che accerti l'inesistenza del diritto cautelato. In Italia recentemente si è distinto però a seconda che si tratti di «provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, nonché di provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto» da un lato, e tutti gli altri provvedimenti cautelari (*in primis* i sequestri di beni) dall'altro lato. Riguardo ai primi è stato disposto che non divengano inefficaci se il processo a cognizione piena non è stato instaurato o successivamente alla sua instaurazione si estingue, disponendosi però per un verso che l'autorità di tali provvedimenti non è invocabile in un diverso processo, per altro verso che essi sono sempre revocabili dal giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente». Riguardo ai secondi (di cui è difficile l'individuazione al di là delle ipotesi dei sequestri) è stata conservata la disciplina della rigida strumentalità secondo cui i provvedimenti cautelari divengono inefficaci se, ove emanati *ante causam*, il processo a cognizione piena ed esauriente non è instaurato entro un ristretto termine perentorio, e se il processo a cognizione piena una volta instaurato si estingue.

TERZA LEZIONE

L'ESECUZIONE FORZATA

18. – La tutela giurisdizionale dei diritti non è esaurita dalla cognizione (piena o sommaria) e dal giudizio su chi ha ragione e chi ha torto che ne è il risultato.

Lo scopo del processo, della tutela giurisdizionale, è l'attuazione della legge, il «dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch' egli ha diritto di conseguire» alla stregua della legge sostanziale o del contratto. Se così è ne segue che un sistema di tutela giurisdizionale deve provvedere non solo all'accertamento di chi ha ragione e di chi ha torto, ma anche alla soddisfazione concreta dei diritti; deve provvedere a tradurre la regola giuridica in fatti reali, modificando o impedendo la modificazione della situazione di fatto esistente, a seconda che la tutela sia repressiva o preventiva.

Il processo di cognizione, in difetto della successiva spontanea cooperazione dell'obbligato, è insufficiente a garantire al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità prevista dalla legge sostanziale o dal contratto. Da solo il processo di cognizione è incapace, per adoperare una espressione di Carnelutti, di adeguare il diritto al fatto, di ridurre le parole ai fatti.

L'esecuzione ha per scopo la rimozione (esecuzione forzata) di quegli ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità assicurategli dalla legge sostanziale, o l'impedire (esecuzione processuale indiretta, misure coercitive) che siano posti ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità assicurategli dalla legge sostanziale o dal contratto.

In caso di inadempimento o di minaccia di inadempimento, si può tutelare il titolare del diritto attraverso due tecniche diverse:

a) La prima tecnica (c.d. esecuzione processuale indiretta o misure coercitive) è diretta a costringere l'obbligato a tenere la condotta necessaria per consentire al titolare del diritto di godere il bene assicurategli dalla legge sostanziale. È la tecnica delle misure coercitive le quali mirano a provocare l'adempimento mediante la minaccia all'obbligato di una sanzione che gli arrechi uno svantaggio più grave di quello che gli arreca l'adempimento spontaneo.

b) La seconda tecnica utilizzabile è la tecnica dell'esecuzione forzata. Essa consiste nel far sì che il titolare del diritto possa ottenere, tramite

l'attività surrogatoria di un terzo che si sostituisce all'obbligato, quegli stessi beni o utilità assicurategli dalla legge sostanziale. Si pensi al creditore di una somma di danaro: egli può ottenere – tramite organi del processo – che taluni beni del suo debitore siano appresi, venduti al migliore offerente e in tal modo potersi soddisfare sul ricavato della vendita forzata. Si pensi all'avente diritto alla consegna di un bene mobile o al rilascio di un bene immobile, o al compimento della distruzione di un'opera materiale, egli potrà ottenere che il bene gli sia consegnato o l'opera sia distrutta anche contro la volontà di chi possiede o detiene il bene o il fondo su cui incede l'opera da distruggere.

Nei processi di esecuzione forzata talvolta si può rendere necessario l'impiego della forza fisica, ma tale ricorso alla forza non può avvenire se non ad opera di soggetti che appartengono all'ufficio giudiziario.

Riassuntivamente è da dire che caratteristica dell'esecuzione forzata è il soddisfacimento coattivo del titolare del diritto tramite la sostituzione all'obbligato di un terzo: in particolare dell'organo giurisdizionale. Come tale l'esecuzione forzata è per sua natura inservibile: ba) per prevenire l'inadempimento; bb) per la soddisfazione di diritti che avendo ad oggetto *facere* infungibili presuppongono la necessaria cooperazione dell'obbligato.

In altre epoche storiche l'attività di esecuzione forzata era considerata attività inferiore rispetto alla attività logico-conoscitiva di *ius dicere*, e come tale non era considerata appartenente alla giurisdizione, ma alla amministrazione. L'aver evidenziato come il momento dell'esecuzione comporta il compimento non solo di attività materiali, che possono rendere necessario addirittura il ricorso all'uso della forza, ma anche di atti giuridici in senso stretto, giustifica ampiamente il perché oggi nessuno più dubita che i processi di esecuzione forzata appartengono alla giurisdizione e sono, quanto meno, diretti dal giudice a garanzia della legittimità del loro svolgimento; ancorché, frequentemente, molte delle attività esecutive siano demandate all'ufficiale giudiziario, al cancelliere, al notaio o a terzi ausiliari.

È opportuno distinguere i processi di esecuzione forzata a seconda dell'oggetto dell'obbligo inadempito: l'espropriazione forzata, in ipotesi di inadempimento dell'obbligo (originario o derivato) di pagare una somma di denaro, l'esecuzione per consegna o rilascio, in ipotesi di inadempimento dell'obbligo di consegnare un bene mobile o rilasciare un bene immobile, l'esecuzione di obblighi di fare o di disfare, in caso di inadempimento dell'obbligo fungibile di eseguire una opera o di distruggere un'opera effettuata in violazione di un obbligo di non fare. Mentre nella

espropriazione forzata oggetto del processo non è il bene oggetto dell'obbligo inadempito, ma i beni appartenenti al patrimonio del debitore, nelle esecuzioni forzate per consegna o rilascio e per obblighi di fare o di disfare oggetto del processo esecutivo è direttamente il bene oggetto dell'obbligo inadempito: di qui l'utilizzazione, riguardo a questi soli processi, della espressione di esecuzione forzata in forma specifica.

19. – Ai sensi dell'art. 474 del codice di procedura civile qualsiasi specie di esecuzione forzata «non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile».

Il titolo esecutivo si atteggia quindi quale presupposto speciale di ammissibilità del processo esecutivo. Per la messa in moto di un processo di esecuzione forzata non è sufficiente, come nei processi a cognizione piena, l'affermazione dell'esistenza del diritto, ma è necessaria l'esistenza di un titolo esecutivo.

La nozione di titolo esecutivo è nozione centrale per la comprensione della struttura dei processi di esecuzione forzata. L'art. 474, comma 1°, individua nella certezza, nella liquidità e nella esigibilità del diritto le caratteristiche comuni a tutti i titoli esecutivi. L'individuazione dei requisiti della liquidità e della esigibilità non pone problemi: un credito è liquido quando è determinato nel suo ammontare ed è esigibile quando o non è soggetto a termine o a condizione sospensiva ovvero il termine è scaduto o la condizione si è verificata.

Estremamente problematica è invece l'individuazione del requisito della «certezza». Nel secondo comma l'art. 474 unifica in un'unica categoria, ricollega cioè gli stessi effetti (idoneità a mettere in moto un processo di esecuzione forzata = diritto di procedere ad esecuzione forzata), una serie di provvedimenti, atti, documenti che pur avendo in comune una certa qual capacità rappresentativa di crediti liquidi ed esigibili, si differenziano nettamente quanto al grado della certezza. Si va dalla decisione immutabile di condanna alla decisione di condanna di primo grado, ai provvedimenti sommari fondati su di una cognizione parziale o superficiale, per giungere infine alle scritture private con sottoscrizione autenticata passando per l'atto pubblico. Sul piano della certezza l'unico dato comune ai titoli esecutivi può, con qualche sforzo, essere individuato nella certezza che essi offrono in ordine alla esistenza dei fatti costitutivi del credito: ma il dato finisce probabilmente con l'essere riduttivo. A mio avviso è inutile cercare di individuare sul piano della «natura» un qualcosa che unifichi i vari titoli esecutivi. È inutile perché alla base della attribuzione della qualità di titolo esecutivo ad un provvedimento, atto o docu-

mento è sempre una «scelta politica» altamente discrezionale del legislatore, ancorché tale scelta tenga quasi sempre conto della specificità della situazione sostanziale, di esigenze di economia processuale, del sistema dei mezzi di impugnazione accolto. Il legislatore nell'art. 474, comma 2°, (e nelle molte disposizioni che a questo rinviano) ha individuato di volta in volta il punto di equilibrio tra le esigenze perennemente in contrasto di rapidità per il creditore e di certezza per il debitore. Così che, concludendo quanto al requisito della certezza, non è possibile dire nulla più che questo: i provvedimenti, atti o documenti costituenti titolo esecutivo offrono una «certa qual certezza», di grado notevolmente diverso, in ordine all'esistenza dei fatti costitutivi dei crediti liquidi ed esigibili da essi rappresentati.

Ai sensi dell'art. 474, comma 2°, sono titoli esecutivi:

1) «Le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva». Per quanto concerne le sentenze, una prassi interpretativa ed applicativa assolutamente pacifica limita l'efficacia esecutiva alle sole sentenze di condanna; l'efficacia esecutiva è attribuita alle sentenze di condanna di primo grado e non è impedita dalla circostanza che la sentenza sia suscettibile di impugnazione o sia stata impugnata. Quanto ai provvedimenti diversi dalle sentenze cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva, si pensi per tutti ai provvedimenti sommari (perché parziali o perché superficiali) cui è dedicata la parte seconda di questo scritto.

2) Le cambiali e gli altri titoli di credito nonché le scritture private autenticate, e gli altri atti (es. verbali di conciliazione) cui la legge attribuisce efficacia esecutiva.

3) «Gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli».

Il diverso grado di certezza dei vari titoli esecutivi:

a) non reagisce in modo alcuno in ordine alla loro idoneità a mettere in moto lo stesso o gli stessi processi esecutivi: i processi esecutivi, cioè, non si differenziano in modo alcuno a causa della diversità di certezza propria dei singoli titoli esecutivi e sono del tutto indifferenti rispetto a tale diversa certezza;

b) reagisce invece in ordine ai motivi di opposizione di merito all'esecuzione, o sulla specie di impugnazioni in senso tecnico (appello, ricorso per cassazione, opposizione a decreto ingiuntivo ecc.) del provvedimento giudiziale, nonché sulle diverse possibilità che il debitore opponente o impugnante ha di ottenere la sospensione dell'esecuzione da parte del

giudice dell'esecuzione o del giudice innanzi al quale è impugnato in senso tecnico il provvedimento giudiziale costituente titolo esecutivo.

La diversa origine del titolo e il suo diverso grado di certezza, se pertanto sono privi di significato per l'ufficio esecutivo che deve sempre dare corso al procedimento, incidono notevolmente, in ordine ai limiti entro i quali è possibile attaccare il titolo esecutivo, (in via di opposizione all'esecuzione o di impugnazione in senso tecnico) e chiedere (al giudice dell'esecuzione o dell'impugnazione in senso tecnico) la sospensione dell'esecuzione.

20. – Fase preliminare ad ogni specie di esecuzione forzata è la preventiva notificazione al debitore del titolo esecutivo e del precetto. Il precetto è una intimazione rivolta al debitore perché adempia l'obbligo risultante dal titolo esecutivo entro il termine non minore di dieci giorni (o in quello maggiore concesso dal creditore), con l'avvertenza che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata.

La funzione di questa fase preliminare è duplice: per un verso, è quella di avvisare il debitore della volontà di iniziare l'esecuzione forzata, allo scopo di consentirgli un'ulteriore possibilità di adempimento spontaneo, per altro verso, è quella di consentire al debitore di proporre opposizione con la quale contestare il diritto del creditore istante di procedere ad esecuzione forzata ed instaurare a tal fine un autonomo processo a cognizione piena ed esauriente.

Per comprendere appieno il significato di questa seconda funzione della fase preliminare, occorre considerare che, nel nostro ordinamento, manca un controllo giurisdizionale preventivo sulla idoneità del titolo esecutivo a dare luogo ad una legittima esecuzione forzata, essendo previsto solo un controllo tutto formale del cancelliere.

La mancanza di un simile controllo preventivo rende pertanto possibile che il diritto di procedere ad esecuzione forzata sia venuto meno: a) in caso di titoli esecutivi di formazione giudiziale, a seguito di fatti successivi alla formazione del provvedimento giurisdizionale, quali ad es. la sospensione della esecutività, la riforma del provvedimento, ovvero l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, prescrizione ecc.; b) in caso di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, anche a causa dell'esistenza di eccezioni di fatti impeditivi o estintivi del diritto i cui fatti costitutivi sono rappresentati dal titolo.

In tutte queste ipotesi la notificazione del titolo esecutivo e del precetto agisce da *provocatio ad opponendum* del debitore; se questi ha qualcosa da eccepire in ordine alla legittimità della esecuzione minacciata, può prendere l'iniziativa e, attraverso l'opposizione a precetto *ex art. 615*,

contestare il diritto del creditore istante di procedere ad esecuzione forzata, provocando in tal modo quel controllo sulla legittimità dell'esecuzione che il creditore non è tenuto a provocare in via preventiva ed ottenere, sulla base di una delibazione sommaria dei motivi di opposizione, la sospensione della esecutività del titolo o della esecuzione già iniziata.

Come il titolo esecutivo attribuisce al creditore il diritto di procedere ad esecuzione forzata, indipendentemente dalla necessità di qualsiasi accertamento al riguardo da parte dell'ufficio esecutivo, così l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615* costituisce il rimedio cognitivo, esterno all'esecuzione forzata, tramite il quale il debitore (prima o dopo l'inizio dell'esecuzione) può contestare il diritto del creditore istante di procedere ad esecuzione forzata.

Oggetto di tale processo è l'accertamento dell'esistenza o no del diritto processuale di agire in via di esecuzione forzata.

I motivi di tale opposizione possono essere:

a) *motivi di rito*, allorché si contesti la qualità di titolo esecutivo del provvedimento, atto o documento sulla cui base si intende agire o si sta agendo: ad es. si contesta la presenza dei requisiti della liquidità o della esigibilità, ovvero si contesta la qualità di titolo esecutivo del provvedimento (es: sentenza di mero accertamento), ovvero si afferma che l'efficacia esecutiva è stata sospesa da parte del giudice della cognizione o che il provvedimento è stato riformato; in tutti questi casi oggetto del processo e del giudicato sarà sempre e solo il diritto processuale di agire in via di esecuzione forzata;

b) *motivi di merito*, allorché si contesti che il diritto sostanziale rappresentato dal titolo non esiste per inesistenza dei fatti costitutivi o per esistenza di fatti impeditivi modificativi o estintivi. A tale riguardo occorre distinguere a seconda che il titolo esecutivo sia di formazione giudiziale o di formazione stragiudiziale. Nel primo caso, occorre fare i conti, per un verso, con il fenomeno del giudicato sostanziale (il quale esclude che a fondamento dell'opposizione possano essere posti fatti deducibili nel processo che ha dato luogo al giudicato) e, per altro verso, con la non permeabilità tra motivi di impugnazione e motivi di opposizione; ne segue che, a fronte di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, gli unici motivi di merito di opposizione all'esecuzione potranno essere costituiti da fatti modificativi (es. transazione) o estintivi (es. adempimento, prescrizione) sopravvenuti al formarsi del giudicato sostanziale. Ove, invece, il titolo esecutivo sia di formazione stragiudiziale, l'assenza di un precedente processo in cui dedurre l'inesistenza dei fatti costitutivi o l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi, estintivi agisce nel senso di consentire che tali fatti

possano costituire motivi di merito della opposizione all'esecuzione *ex art.* 615, senza limitazione alcuna;

c) nelle ipotesi nelle quali la legge consente che il titolo esecutivo possa valere anche a favore (successione a titolo particolare o universale) o contro (successori a titolo universale o particolare, subconduttori) soggetti diversi da quelli risultanti dal titolo, l'opposizione all'esecuzione è lo strumento tramite il quale potere contestare la qualità di successore del creditore, ovvero la qualità di erede del debitore, ovvero la qualità di subconduttore ecc.

Nelle ipotesi di opposizione per motivi di merito indicate *sub b*, oggetto immediato del processo è sempre l'esistenza o no del diritto processuale di agire in via di esecuzione forzata, mentre la questione relativa alla esistenza o no del diritto rappresentato dal titolo è questione pregiudiziale che irrefrenabili esigenze pratiche conducono a ritenere oggetto dell'accertamento suscettibile di essere coperto dalla cosa giudicata sostanziale.

L'opposizione all'esecuzione non sospende mai automaticamente l'efficacia esecutiva del titolo o l'esecuzione già iniziata. L'opponente però può chiedere, in via sommaria cautelare, a seguito di una delibazione della fondatezza dei motivi di opposizione, che il giudice sospenda l'esecutività del titolo o l'esecuzione già iniziata.

21. – Il processo di espropriazione forzata è il processo di esecuzione posto a garanzia della soddisfazione del creditore di somme di danaro e allo stesso tempo è il processo di esecuzione più complesso e articolato fra quelli previsti dalla legge.

Un rilievo preliminare: anche nel processo esecutivo vige il principio della domanda e del contraddittorio, ma le parti si trovano in una posizione di profonda disequaglianza, stante il titolo esecutivo. Il processo inizia su istanza del creditore e, almeno di regola, è dominato anche dall'impulso di parte. Il rispetto del principio del contraddittorio impone che il debitore sia avvisato non solo della intenzione del creditore di iniziare l'esecuzione forzata nei suoi confronti (notificazione del titolo esecutivo e del precetto), ma anche dell'inizio del processo di espropriazione in senso stretto; ogni qual volta, poi, il giudice dell'esecuzione deve emanare un provvedimento (in sede di determinazione delle modalità della vendita o di assegnazione, in sede di distribuzione ecc.) il debitore deve essere previamente sentito, così come il debitore può rivolgere istanze al giudice dell'esecuzione (di conversione del pignoramento, di riduzione del pignoramento, di cessazione della vendita a lotti ecc.). A fronte però della situazione di disequaglianza creata dal titolo esecutivo il diritto di difesa del debitore non si realizza nel processo esecutivo, ma fuori di esso,

tramite il processo di cognizione e cautelare (opposizione all'esecuzione e sospensione dell'esecuzione).

La norma base in tema di espropriazione forzata è costituita dall'art. 2910 c.c. secondo cui «il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile». Come ai sensi dell'art. 2740 c.c. «il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», così ai sensi dell'art. 2910, comma 1°, c.c. in caso di inadempimento di una obbligazione pecuniaria il creditore, se munito di titolo esecutivo può assoggettare ad espropriazione i beni del debitore: beni mobili, beni immobili, crediti che il debitore vanta nei confronti di terzi. Caratteristica comune a tutti i beni del debitore assoggettabili ad espropriazione è che i beni devono avere un valore di scambio (e non solo un valore di godimento), devono cioè poter essere venduti tramite la vendita forzata e trasformati in somma di denaro: ne deriva che sono suscettibili di espropriazione forzata solo i beni suscettibili di essere trasferiti mentre diritti quali l'uso o l'abitazione o beni indisponibili non possono costituire oggetto di espropriazione forzata.

Eccezionalmente oggetto di espropriazione possano essere beni non del debitore, ma di terzi. Ai sensi dell'art. 2910, comma 2°, c.c. «possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore». Come regola generale debito e responsabilità patrimoniale sono inscindibili, eccezionali sono le ipotesi in cui un terzo sia responsabile con alcuni suoi beni per un debito altrui.

Il processo di espropriazione forzata è lo strumento di attuazione della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.; come tale esso deve essere strutturato in modo da consentire il rispetto del principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), *par condicio* che, almeno nel nostro ordinamento, costituisce un principio generale che completa quasi la responsabilità patrimoniale.

Sempre ai sensi dell'art. 2910 c.c. l'espropriazione dei beni del debitore, o eccezionalmente del terzo, avviene «secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile».

Le regole stabilite dal c.p.c. possono essere così sintetizzate:

Il processo di espropriazione forzata si distingue a seconda che abbia ad oggetto beni mobili che si trovino presso il debitore, crediti del debitore verso terzi o beni mobili del debitore che siano in possesso di terzi, beni immobili, beni indivisi, beni di proprietà di terzi soggetti a responsabilità per debiti altrui.

Stante lo scopo di questo scritto non mi soffermerò neanche alla mera descrizione dei vari processi di espropriazione forzata che ho richiamato or ora. Sia qui sufficiente dire che momenti centrali di ogni processo di espropriazione sono: a) il pignoramento, volto a creare un vincolo di indisponibilità sul bene; b) l'intervento dei creditori dello stesso debitore allo scopo di assicurare la parità di trattamento di tutti i creditori, anche se è in atto una tendenza volta a limitare l'intervento ai soli creditori muniti di titolo esecutivo o, a torto o a ragione, trattati in modo preferenziale (imprenditori); c) la vendita forzata diretta a trasformare in denaro il bene pignorato; d) la distribuzione del ricavato tra i creditori che hanno partecipato al processo e, se esistente, il conferimento al debitore del residuo.

22. – Negli ultimi anni (2009, 2015) è stato introdotto in Italia, in via atipica, l'istituto delle misure coercitive in caso di decisioni (a cognizione piena o sommaria) di condanna all'adempimento di una obbligazione diversa dal pagamento di somme di denaro: cioè in caso di condanna all'adempimento di obblighi di non fare (obblighi sempre per definizione infungibili), di fare (obblighi che possono essere volta a volta infungibili, difficilmente eseguibili nelle forme della esecuzione forzata, pienamente fungibili), di consegnare beni mobili o di rilasciare beni immobili.

Le misure coercitive consistono nella condanna (in futuro ma dotata di efficacia esecutiva) a pagare determinate somme di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna principale.

L'ammontare delle somme dovute è determinato dal giudice «tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile». Con ulteriore grossa apertura alla discrezionalità del giudice si attribuisce a questi il potere di escludere la condanna alla misura coercitiva quando «sia manifestamente iniqua» e, per disposizione di legge (manifestamente incostituzionale), quando si tratti di «controversie di lavoro subordinato pubblico o privato» o parasubordinato.

QUARTA LEZIONE

LA GIURISDIZIONE VOLONTARIA

23. – Ove si rinunci o, almeno in prima battuta, si prescinda da definizioni contenutistiche della giurisdizione, si può ben dire che l'attività

giurisdizionale si caratterizza come attività posta in essere da un giudice: cioè da un soggetto che ai sensi degli artt. 101 ss. della Costituzione è sottoposto unicamente alla legge (e quindi è «terzo» rispetto agli interessi su cui è chiamato a provvedere) e indipendente (rispetto a qualsiasi specie di potere o da qualsiasi specie di soggezione).

A questo soggetto, volutamente privilegiato dall'ordinamento, sono devolute un complesso di funzioni che possono distinguersi a seconda che si tratti di funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie (cioè che il legislatore ordinario non può non attribuire al giudice) e funzioni giurisdizionali costituzionalmente non necessarie (cioè che il legislatore ordinario è libero di attribuire o no al giudice). L'area della giurisdizione costituzionalmente necessaria coincide con l'area della giurisdizione tradizionalmente denominata come contenziosa (il che equivale a dire, con la tutela dei diritti soggettivi, degli *status* e degli interessi legittimi, nonché, sul versante penale, della cognizione e punizione dei reati).

Gli artt. 24 e 113 Cost. sono chiarissimi in tal senso: il riconoscimento a livello di diritto sostanziale di una situazione di vantaggio comporta come conseguenza necessaria la concessione del diritto di azione (art. 24), cioè di forme adeguate di tutela giurisdizionale; limitando volutamente il discorso alla sola tutela giurisdizionale civile dei diritti (e *status*), quest'esigenza si traduce nella necessità che tali diritti possano essere dedotti in un processo a cognizione piena ed esauriente destinato a concludersi con un provvedimento contenente un accertamento coperto dalla cosa giudicata sostanziale: processo a cognizione piena che esigenze costituzionali impongono sia accompagnato, *ex ante*, dalla tutela cautelare ed, *ex post*, da adeguate modalità di attuazione o esecutive.

24. – Accanto all'area delle funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie, si pone l'area delle funzioni giurisdizionali non necessarie, ossia quelle che il legislatore ordinario è libero di attribuire o meno al giudice. Si tratta di un'area che concerne funzioni ulteriori rispetto a quella della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, che pertanto il legislatore ordinario potrebbe legittimamente rimettere, nella sua discrezionalità, anche in toto ai poteri privati o alla potestà amministrativa (salvi i controlli giurisdizionali a tutela dei diritti o interessi legittimi che eventualmente vengano colpiti).

Alcuni rapidi esempi:

a) La valutazione dell'opportunità di porre in essere atti di straordinaria amministrazione nell'interesse di minori, incapaci, persone giuridiche può essere liberamente rimessa dal legislatore ai poteri dei rappresentanti

o invece a potestà amministrative, ovvero ancora al giudice (è il settore delle c.d. autorizzazioni).

b) La liquidazione di patrimoni separati o del patrimonio delle persone giuridiche può liberamente essere rimessa dal legislatore alla autonomia dei rappresentanti, a liquidatori nominati dalla autorità amministrativa o dal giudice.

c) Il riconoscimento delle persone giuridiche può liberamente essere ricollegato dal legislatore al compimento di atti di autonomia privata, essere rimesso al previo controllo di legittimità e di merito di una potestà amministrativa, ovvero ancora del notaio o del giudice.

d) La nomina e la rimozione di rappresentanti legali ai minori, agli incapaci, a patrimoni separati o a gruppi collettivi può essere liberamente rimessa dal legislatore a potestà amministrative (o in taluni casi anche a poteri privati), come invece al giudice.

L'esemplificazione, come è evidente, potrebbe continuare a lungo. Quella svolta mi sembra però che, nella sua voluta elementarietà ed essenzialità, sia sufficiente allo scopo di evidenziare come in queste, e nelle molte consimili ipotesi, il giudice è chiamato non a risolvere controversie relative a diritti o *status*, bensì a gestire interessi di minori, incapaci, patrimoni separati, gruppi collettivi.

Il carattere volontario di queste attività devolute al giudice deriva dalla circostanza che si tratta di compiti, di funzioni che il legislatore, nella sua discrezionalità (volontarietà), poteva *anche non* affidare al giudice, cioè a pubblici funzionari caratterizzati dalla assoluta terzietà rispetto agli interessi su cui sono chiamati a provvedere e dalla indipendenza rispetto a qualsiasi specie di potere o soggezione.

In tutte le ipotesi indicate a titolo di esempio si comprende agevolmente come, ove il legislatore intenda rimettere simili autorizzazioni, controlli o nomine al giudice non seguirà la strada lunga e complessa del processo a cognizione piena ed esauriente né quella dei processi sommari la cui previsione risponde a specifiche esigenze del tutto diverse da quelle che vengono in considerazione nei casi ora in esame di c.d. giurisdizione volontaria. Per questi casi infatti il legislatore adotta un particolare procedimento (chiamato «in camera di consiglio») caratterizzato dalla estrema semplificazione, a contraddittorio per così dire rudimentale, dominato dalla assoluta discrezionalità del giudice nella determinazione delle sue modalità di svolgimento, destinato a concludersi con una decisione (reclamabile) modificabile e revocabile in ogni tempo: siamo in un mondo tutto diverso della giurisdizione c.d. contenziosa esaminata nelle tre parti precedenti di questo scritto, che presenta, se proprio si vuole, affinità col

procedimento amministrativo o con l'esercizio dei poteri privati (si pensi al potere dei genitori sui figli, al potere del datore di lavoro nell'organizzazione e gestione dell'impresa).

25. – La distinzione tra giurisdizione contenziosa e volontaria se è estremamente agevole quanto ai suoi nuclei centrali presenta grosse difficoltà in ordine a molte estese zone di confine.

Accenno alle principali:

a) In primo luogo, vengono in considerazione quei procedimenti nei quali, essendo al giudice devoluta la gestione di interessi che sono in conflitto con interessi altrui, è immanente la possibilità che l'attività di gestione dell'interesse entri in contrasto – incida – su veri e propri diritti o *status* altrui. Si pensi alle ipotesi di rimozione del tutore o di revoca dell'amministratore di condominio. In queste ipotesi, a fronte dell'interesse del minore o del gruppo collettivo da gestire, vi sono corposi diritti soggettivi del tutore o dell'amministratore di condominio rimosso: il che pone delicati problemi di equilibrio tra gestione di interessi e tutela giurisdizionale dei diritti su cui tale gestione incide. Tali problemi possono essere risolti solo ritenendo che l'emanazione del provvedimento di c.d. giurisdizione volontaria tocca sì il diritto del tutore o dell'amministratore, ma non degrada tale diritto a interesse privo di protezione. Tale diritto potrà essere sempre dedotto in un processo a cognizione piena avente per oggetto, nell'esempio del tutore, l'accertamento della correttezza del suo operato e in tal modo la rimozione di quei dubbi che il provvedimento (sommario) di giurisdizione volontaria poteva avere determinato, e nell'esempio dell'amministratore di condominio, l'accertamento dei suoi diritti patrimoniali lesi da una rimozione (che resta in piedi) in assenza di fondamento.

b) Sono poi da considerare, come settore in cui sono massime le difficoltà di distinguere tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria, le ipotesi di tutela dell'interesse dei minori a fronte del diritto potestà dei genitori. Si pensi alle ipotesi di rimozione dall'amministrazione, di decadenza dalla potestà, di «provvedimenti convenienti» ivi compreso l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare, di affidamento temporaneo del minore in mancanza di assenso dei genitori. In casi di questa specie la contrapposizione tra gestione dell'interesse del minore e tutela del diritto-potestà genitoriale è massima: soprattutto, a differenza di quanto può avvenire nelle ipotesi *sub* a, la contrapposizione non sembra componibile in modo alcuno tramite la scissione tra giurisdizione non contenziosa sulla gestione dell'interesse del minore e giurisdizione contenziosa

sulla tutela del diritto del genitore. In casi di questa specie, stante la rilevanza degli interessi in gioco che attengono a valori massimi della persona, l'unica soluzione praticabile è quella di ritenere costituzionalmente illegittime le previsioni che interessi di tale specie possano essere trattati nelle forme estremamente poco garantiste del procedimento di giurisdizione volontaria, e non già in quelle del processo a cognizione piena ed esauriente se del caso – come quasi sempre avverrà – accompagnato da momenti di tutela sommaria.

A MÒ DI CONCLUSIONE

26. – Prima di chiudere questo scritto mi sembra doveroso dire con la maggiore chiarezza e semplicità possibili perché si parla oggi di crisi della giustizia civile in Italia.

Occorre un chiarimento preliminare.

Non è esatto che tutta la giustizia sia in crisi. I processi sommari, i processi di esecuzione forzata (relativamente ai quali molti interventi si sono avuti in questi ultimi venti anni), i procedimenti di giurisdizione volontaria non sono in crisi o, più esattamente subiscono i guasti generali propri della «amministrazione» anche della giustizia (di cui si dirà, *infra* § 28); pur potendo essere sempre migliorati, salvo casi eccezionali nella sostanza essi funzionano, ed in tempi relativamente ragionevoli.

La crisi concerne soprattutto i processi a cognizione piena ed esauriente (e indirettamente la esecuzione forzata i cui giudizi di opposizione sono veri e propri processi a cognizione piena) la cui durata si è stabilizzata negli ultimi venti anni in modo che rasenta il diniego di giustizia: in media oltre tre anni i processi di primo grado, oltre quattro anni i giudizi d'appello, oltre tre anni i giudizi di cassazione.

Secondo dati affidabili anche se non recentissimi, in primo grado i processi a cognizione piena: sono circa 950.000 processi sopravvenuti ogni anno, 950.000 processi esauriti ogni anno, 2.250.000 processi pendenti a fine anno: quest'ultimo dato individua il grosso macigno dell'arretrato. Considerando che al civile sono assegnati circa 2.200 giudici di tribunale, ne discende che ciascun giudice (con l'ausilio dei giudici onorari di tribunale) smaltisce circa 435 processi l'anno, cioè emana – dedotti i processi abbandonati – circa 220 sentenze l'anno, oltre alle sue competenze come giudice d'appello avverso le sentenze del giudice di pace, e alle sue competenze in materia esecutiva, sommaria, cautelare e camerale.

Presso le corti d'appello i processi d'appello sopravvenuti ogni anno sono: circa 110.000, 107-110.000 i processi esauriti ogni anno, i processi pendenti a fine anno sono oltre 380.000. Considerando che al settore civile delle corti d'appello sono assegnati circa 450-500 giudici, ciascun giudice esaurisce ogni anno circa 220 processi, oltre alle sue competenze civili di primo grado.

I giudizi di cassazione esauriti ogni anno sono circa 30.000, i sopravvenuti circa 30.000, i pendenti a fine anno, cioè l'arretrato, circa 100.000. Poiché i giudici assegnati alla corte di cassazione sono circa 150 ne segue che ciascun giudice definisce circa 200 giudizi l'anno.

27. – La giurisdizione civile (come la giurisdizione in generale), intesa come attività posta in essere da giudici autonomi e indipendenti soggetti soltanto alla legge selezionati tramite concorso, è una risorsa scarsa.

In civile non sono possibili amnistie o prescrizioni, e probabilmente si tratta di un qualcosa di positivo.

I giudici di pace riescono a stento ad esaurire i processi sopravvenuti senza creare arretrato. Non è pensabile quindi aumentarne ancora le competenze.

All'inizio degli anni ottanta del secolo scorso fu attuata nel penale una operazione di vasta portata: la c.d. depenalizzazione. Molti illeciti furono depenalizzati e trasformati, da reati di competenza dei magistrati, in illeciti amministrativi. Si pensi per tutti alla l. 24 novembre 1981 n. 689. L'accertamento in prima battuta di questi illeciti amministrativi fu attribuita ad autorità amministrative (normalmente al prefetto) le quali, a termine di rudimentali processi in contraddittorio, emanavano (e emanano), in caso di accertamento positivo dell'illecito, c.d. ordinanze esecutive irrogatrici di sanzioni amministrative, ordinanze suscettibili di essere «opposte» per qualsiasi motivo di fatto o di diritto davanti al giudice civile (giudice di pace o tribunale). Non si è mai dubitato della legittimità costituzionale di una simile operazione; basti pensare infatti per tutti alla efficacia esecutiva di lodi arbitrali, di conciliazioni obbligatorie o raggiunte a termine da una procedura di negoziazione assistita da avvocati, si pensi soprattutto al fenomeno dei titoli esecutivi stragiudiziali: dall'atto pubblico, alla scrittura privata autenticata, alla cambiale in regola col bollo (che è addirittura una scrittura privata non autenticata).

Si è tentato di seguire questa via con la previsione della conciliazione obbligatoria *ex d.lgs. n. 28/2010* (e succ. modif.). Questa via, pur avendo impegnato molti operatori giuridici (*in primis* gli avvocati), non ha dato

buoni frutti così come poco è da sperare dalle convenzioni negozialmente assistite dagli avvocati.

Il motivo di tale insuccesso deriva a mio avviso da due fattori:

a) il tentativo obbligatorio di conciliazione si svolge davanti a un terzo che è del tutto ignaro dei termini effettivi della controversia;

b) non è previsto alcuno strumento tecnico volto a far sì che le parti indichino in questa fase tutte le domande eccezioni e prove (precostituite e costituite, neanche quelle prove atipiche, costituite dalle scritture contenenti dichiarazioni di terzi o consulenze tecniche stragiudiziali): che cioè le parti calino le proprie carte, scarichino tutte le loro batterie (tanto non è previsto neanche dalla procedura di convenzione negoziazione assistita che pure si svolge con l'assistenza di avvocati).

Orbene, un intervento ragionevole (e non illusorio come quello previsto dai recenti interventi del nostro inetto legislatore) potrebbe essere il seguente: prevedere che con riferimento a determinate – anche se molto estese – categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad es. talune controversie di lavoro e/o previdenziali, controversie locative, controversie in materia di diritti reali, (ivi comprese quelle condominiali) controversie da infortunistica stradale, controversie successorie e altre da individuare), sia introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità (o addirittura di proponibilità) del processo, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (notai, funzionari specializzati delle Camere di commercio, ex avvocati dello Stato, giudici ordinari in pensione, eventualmente *ex* giudici onorari o giudici di pace, funzionari della P.A., ecc.).

Perché un simile istituto abbia successo, possa incidere sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile, occorre però prevedere:

a) in primo luogo, che il tentativo di conciliazione sia effettuato da un collegio di conciliazione costituito da un terzo tendenzialmente imparziale che lo presiede e da due rappresentanti delle parti (che ben potrebbero o addirittura dovrebbero essere gli stessi difensori) appositamente designati dalle parti stesse;

b) in secondo luogo: che la richiesta del tentativo di conciliazione debba contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione dei termini della controversia, dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa e delle prove di cui si dispone con produzione dei documenti (e delle prove atipiche costituite dalle scritture contenenti dichiarazioni di terzi o consulenze tecniche stragiudiziali), debba essere preventivamente comunicata alla controparte e che questa debba depositare osservazioni scritte tramite le quali prendere posizione specifica sui fatti posti dall'istante a fondamen-

to della sua pretesa (a pena dell'operare del principio di non contestazione), sollevare eccezioni e indicare i mezzi di prova di cui si dispone con produzione dei documenti (e delle prove atipiche) ed eventuale proposizione di domande riconvenzionali.

Per rendere effettiva tale fase preparatoria del procedimento, occorrerebbe prevedere che nel successivo, eventuale, processo davanti al giudice non possono essere proposte domande o allegati fatti eccezioni, contestazioni, prove non proposte o allegati nella fase del tentativo obbligatorio di conciliazione;

c) in terzo luogo, che davanti al collegio di conciliazione debbano comparire personalmente le parti per essere interrogate liberamente;

d) in quarto luogo, che il collegio di conciliazione, anziché limitarsi a formulare una proposta per la bonaria composizione della controversia, una volta fallita anche quest'ultima possibilità di accordo, il collegio, o meglio il suo presidente debba redigere un verbale nel quale decidere la controversia allo «stato degli atti», ed il verbale contenente tale accertamento, ove sia nel senso di accoglimento della istanza, abbia *ex lege* valore a tutti gli effetti di titolo esecutivo stragiudiziale. Si tratterebbe, nella sostanza, in caso di accoglimento della istanza, di creare una nuova ipotesi di titolo esecutivo di formazione stragiudiziale alla stessa stregua di quanto ad es. effettuato dall'art. 18 l. 689/1981 riguardo alla ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa.

Vi è di più. Con un poco di immaginazione si potrebbe – e a mio avviso si dovrebbe – disporre che l'accertamento allo «stato degli atti» sia idoneo a costituire non solo *ex lege* titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, ove sia nel senso di accoglimento dell'istanza, ma, indipendentemente dal se l'accertamento sia positivo o negativo, sia anche destinato a divenire immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo di opposizione a cognizione piena ed esauriente di primo grado entro un determinato termine perentorio. Anche qui il regime della ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa sta ad indicare quanto meno la possibilità di una tale scelta.

Questa proposta, se adeguatamente attuata, avrebbe i vantaggi:

aa) di essere a costo zero o quasi, perché il compenso del terzo graverebbe sulle parti;

bb) di non prevedere l'assistenza degli avvocati perché essi sarebbero già componenti del collegio di conciliazione e sarebbero sempre retribuiti dalla parte soccombente;

cc) di incidere davvero sui grossi numeri della giustizia civile, perché, una volta introdotto il regime di preclusioni di cui *supra sub b*, è ragione-

vole prevedere che il numero delle opposizioni davanti al giudice dovrebbe essere notevolmente, ridotto;

dd) essa opererebbe – è opportuno aggiungere – la più grossa privatizzazione mai tentata nella giustizia civile (per trovare qualcosa di analogo occorre risalire alla attribuzione di efficacia esecutiva alla cambiale disposta dal cod. comm. del 1882), ma tale privatizzazione non sarebbe in modo alcuno adeguamento al liberalismo sfrenato che sembra caratterizzare l'attuale fase dei rapporti politico sociali, e lascerebbe inalterate le garanzie e l'equilibrio delle parti.

28. – Se si adottasse una strada della specie ora riassunta è ragionevole ritenere che il numero delle controversie sopravvenute in primo grado si riduca notevolmente e, sia pure in prospettiva, si potrebbero aumentare i giudici di appello anche attraverso applicazioni mirate.

Per aggredire davvero i mali della giustizia civile, gli interventi dovrebbero (oltre a quello *retro*), essere soprattutto ordinamentali e organizzativi, mali che riguardano la giustizia civile nel suo complesso e non solo i processi a cognizione piena ed esauriente.

Pertanto si dovrebbe provvedere ad una serie di interventi:

a) aumento del numero dei giudici togati, pur nella consapevolezza che non è possibile aumentarne il numero più di un massimo di cinquanta unità l'anno; pur nella consapevolezza, cioè, che in dieci anni si possono reclutare solo cinquecento giudici in più rispetto ai circa diecimila magistrati attuali;

b) ripensare radicalmente il fenomeno dei giudici onorari (giudici di pace, giudici onorari di tribunale e pubblici ministeri onorari) nella consapevolezza per un verso che di essi la giustizia nel suo complesso non può fare a meno, per altro verso di evitare soluzioni che conducano ad un precariato inammissibile o alla creazione di veri e propri magistrati di serie B; le soluzioni sinora adottate sono tutte insoddisfacenti;

c) attuazione immediata di un filtro effettivo all'accesso alla professione di avvocato, con esami di abilitazione di una qualche serietà (con scritti che escludano l'utilizzo dei c.d. codici commentati, e commissioni presiedute da avvocati o magistrati dotati di effettiva autorevolezza); e lo stesso è da dire riguardo agli avvocati abilitati ad esercitare presso le c.d. magistrature superiori. È indubitabile infatti che il numero delle controversie civili (e dei ricorsi civili per cassazione) dipende anche dal numero degli avvocati;

d) introduzione del c.d. ufficio del giudice: cioè affiancamento del giudice da parte di un pubblico funzionario laureato in giurisprudenza,

di ruolo, che coadiuvi il giudice in tutte le attività che non attengano allo *ius dicere* in senso stretto; le soluzioni, attuate, di utilizzazione precaria degli aspiranti al concorso per la magistratura o dei praticanti avvocati, se possono essere utili per i tirocinanti, non lo sono per il giudice che finisce per essere gravato anche della attività volta alla loro formazione;

e) revisione dei criteri di selezione dei «capi» degli uffici direttivi e semidirettivi, spostandone la scelta diretta dal Csm (che ha fatto pessimo uso di tale «potere») ai magistrati addetti all'ufficio, gli unici davvero in grado di conoscere le qualità effettive (anche organizzative) degli aspiranti a tali incarichi; rinviando a quanto ho già avuto occasione di scrivere a riguardo (v. *Foro it.* 2008, V, 129) vorrei limitarmi ad osservare come solo una tale riforma (da adottare ovviamente con tutte le controcure necessarie) attuerebbe davvero il precetto costituzionale secondo cui i magistrati si distinguono unicamente per le funzioni;

f) aumento del numero dei cancellieri e dei segretari;

g) completamento dell'informatizzazione dei processi;

h) revisione della disciplina dei giudizi periodici di professionalità (da parte dei Consigli giudiziari e del C.S.M.) nel senso di porre fine al malcostume per cui magistrati (se del caso ottime persone) inidonei a svolgere le proprie funzioni o manifestamente inetti rimangono in servizio fino alla età della pensione. Ecco una riforma a costo zero da cui si potrebbe cominciare (anche attraverso un uso più incisivo dell'Ispettorato del Ministero della Giustizia).

ANDREA PROTO PISANI

Professore emerito nell'Università di Firenze